V.

Ueber den Zeitpunkt der Schätzung beim Wertherſatz [1].

Von

Herrn Büff,

Staatsanwalt in Kaſſel.

Der Werth einer Sache kann in verſchiedener Weiſe Gegenſtand eines Rechtsanſpruchs ſein. So insbeſondere

1) Im gegenwärtigen Aufſatze ſind benutzt worden: Die Gloſſe, Bartoli op. omn. Venet. 1615. fol. Zasii op. omn. Frcf. 1590. f. Alciati op. omn. Frcf. 1617. f. Duareni op. omn. Frcf. 1607. f. Cuiacii op. ed. Fabrot. Hotomanni quaest. ill. Hannov. 1610. 12. Donelli comm. ad tit. Dig. de verb. oblig. Frcf. 1577. f. ej. comm. de iure cio. ed. VI. 8. Fachinaei controv. Col. 1678. 4. A. Fabri conj. Lugd. 1605. 4. ej. de error. pragm. Frcf. 1578. 8. ej. Codex Frcf. 1612. f. L. Charondas πειθανων I. 12. (Otto thes. I. 710). G. Barclay comm. de reb. cred. 1605. (Otto thes. III. 801 ff.) E. Merill. ad. l. 31. prior tit Dig. de reb. creditis (ib. 651 sqq.) Osii Aurelii dispunct. ad Merill. 1642. (ib. 685 sqq.) Barth. Cnefii (516.) de diff. iur. c. 50. (Heinecc. iur. Romana et Att. II.) Joh. Matth. Magnus (le Grand) rat. et diff. iur. (Meermann. thes. III). Vinnii selectae iur. quaest. Giess. 1736. 12. Brunnemann ad pand. Frcf. ad Viadr. 1683. f. Struv synt. iur. civ. Jenae 1702. 4. Huber prael. iur. civ. Frcf. et Lips. 1749 4. Stryk. us. mod. Hal. 1749. 4. J. Voet comm. ad pand. Col. All. 1769 f. Westenberg. pr. iur. Lips. 1754. 8. Wieling iur. rest. Amstel. 1727 8. Böhmer introd. in ius dig. Hal. 1791. 8. Leyser A. med. ad pand. Lips. 1733. 4. Corcesi ius controv. Frcf. et Lips 1713. 4. Pufendorf observ. Thibaut, Syſtem. achte Auflage. Savigny, Syſtem. Bd. VI. Schweppe, Handb. 1828. Mühlenbruch, Pand. 1837. Wening, Lehrb. 1827. Bangerow, Leitfad. Bd. I. 1837. Glück, Comm. XIII. Unterholzner, Schuldverhältniſſe. 1840. — Nicht zur Hand waren die hierher gehörigen Werke: Donell. comm. ad tit. D. de reb. cred. et ad tit. de cond. trit. Antw. 1582. f. Lyclama van Nyeholt de ineunda rei aestin. Loewen 1644. 12. Masii tract de rei debitae aestimat. Wachendorf. diss. de cond. fr. Frcf. ad. Rh. 1730. 8. Schulting thes. controv. Jul. Pacius enantiophan. cont. III. 9. 72. Joh. Strauch diss.

direkt, indem z. B. Jemand ſich den Werth als Schuldobjekt bedungen hat [2]).

Hier waren zwei Verträge geſchloſſen, deren erſter das Gut, der zweite deſſen Werth zum Gegenſtand hatte. Eine Novation wird darin vom Juriſten nicht ohne Weiteres gefunden. Veränderung des Werths des Guts habe aber nur für den erſten Vertrag Bedeutung; im Betreff des zweiten komme der Werth zur Zeit des Vertragsabſchluſſes zur Schätzung. Natürlich, denn es war nichts Anderes verſprochen, als der Werth des Gutes, und ohne weiteren Beiſatz konnte darunter nur der gegenwärtige Werth verſtanden werden [3]).

Schwieriger iſt die Frage, wo der Werth nicht direkt Rechtsobjekt iſt, ſondern ſtatt der Sache geſchuldet wird. Es läßt ſich ein zwiefacher Rechtsſchutz denken, ein Mal gerichtet auf Erhaltung und Wahrnehmung des individuellen Rechts, dann aber auf Schutz nicht dieſes Vermögensbeſtandtheils im Einzelnen, ſondern nur des allgemeinen Vermögensbeſtandes überhaupt. Jedes Vermögensrecht hat eine gewiſſe Bedeutung für die Geſammtheit von Rechten, das

---

de cond. fr. Jenae 1670. J. H. Berger diss. an in contractibus rerum fungibilium ex tempore morae praestanta sit aestimatio maxima. Vitemb. 1703. Alex. Pagenstecher sicilim. ad Lauterbach. man. IV. Emminghaus ad Cocceji ius controv. h. t. 9. 2. vgl. Glück Comm. XIII. 272 ff.

2) Fr. 28. D. de novationibus. Papinian. lib. 2. definitionum. Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est postea stipulor. — Si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio; secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur. Denique meliore vel deteriore facta sine culpa debitoris postea fundo, praesens aestimatio fundo petitio recte consideretur: in altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit.

3) Mit dieſer Auslegung ſtimmte die Gloſſe. Bartolus, Zaſius, Alciat, z. fr. 22. de R. C. Cujac. (VI. 459), Faber (Cod. IV. 2. def. 15), Donell, (ad fr. 54. de v. o.), Steſius, Barclay, Vinnius, Struv, Schweppe, Unterholzner a. a. O. überein.

Vermögen, zu dem es gehört und das es um diese Bedeutung vermehrt. Dieselbe läßt sich, wenn man das gesammte Vermögen auf ein gemeinsames drittes, Geld, reducirt, in Geld ausdrücken, und jedes Recht wenigstens in dieser Bedeutung für das Vermögen, d. h. seinem Werthe nach, schätzen. Es ist einleuchtend, daß diese letztgedachte Art des Rechtsschutzes, zumal wenn dem Verklagten bis zum Enderkenntniß die Befugniß vorbehalten bleibt, durch wirksame Anerkennung des individuellen Rechts jenes Erkenntniß ganz zu vermeiden, weniger in die Freiheit des Verklagten eingreift, als der direkte Zwang, das fragliche Recht in seiner Individualität anzuerkennen, da dem Verurtheilten verschiedene Wege zu Gebot stehen, Geld zu beschaffen, der der Anerkennung des individuellen Rechts aber immer nur einer ist. In der älteren, nicht ältesten Zeit des römischen Rechts, in der Periode der klassischen Juristen, war sie darum die durchgreifend geltende: jede Verurtheilung war auf Geld gerichtet [4]). War auch im justinianischen Recht bereits dies Princip aufgegeben und mit der Regel individuellen Rechtsschutzes vertauscht [5]), so hat es sich doch auch hier noch insofern in größerem Umfange erhalten, als es in faciendo bestehende Obligationen zwangsweise nur ihrem Werth nach realisirte, d. h. ihrenthalb direkt nur auf dies Interesse zu klagen gestattete. Unsere Praxis hat auch hier jenes Princip verlassen und bringt es, abgesehen von dessen in dem Axiom, daß jede Klage ein in Geld anschlagbares Interesse voraussetze,

4) Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniarium aestimationem condemnatio concepta est; itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, mancipium, vestem ...... mutatum (mutuatum? wenn die vorausgegangene Lücke, etwa auf Quantitäten übergehend, die Worte enthielt: vel etiam vinum oleumve mutuatum), iudex non ipsam rem condemnat eum, cum qua actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

5) Vergl. besonders das interpolirte fr. 68. de R. V. Zimmern Rgsch. III. 198 ff. Bethmann-Hollweg, Handb. d. Civ. Proc. I. 329 ff. Savigny, Syst. V. 121. 123. 124. 126.

liegenden Anerkenntniß nur da noch zur Anwendung, wo individueller Rechtsſchutz unmöglich iſt. Der gänzliche oder theilweiſe Untergang des Rechtsobjekts führt mit Nothwendigkeit das Aufhören des Rechts ſelbſt mit ſich, das ohne Objekt nicht gedacht werden kann [6]), ohne daß es einen Unterſchied macht, ob ſein Untergang in einem Zufall oder in der Gefliſſentlichkeit oder Verſchuldung eines Andern ſeinen Grund hat. In allen Fällen iſt der individuelle Rechtsſchutz unmöglich, der allgemeine des Vermögens überhaupt allein übrig bleibend [7]). Der Sache nach dem gleich ſteht der Fall, wo an und für ſich zwar dem individuellen Rechte ein Genüge geleiſtet werden könnte, weil das Objekt noch vorhanden iſt, im concreten Falle aber gleichwohl eine Erfüllung der entſprechenden Verbindlichkeit wenigſtens für den Verpflichteten unthunlich iſt, von ihm alſo auch nicht erzwungen werden kann.

Der Berechtigte verliert in beiden Arten von Fällen ſein Recht, damit einen Theil ſeines Vermögens, er erleidet eine Vermögensverringerung, deminutio patrimonii, ein damnum oder einen Schaden im allgemeinſten Sinne des Wortes. Sind die Vorausſetzungen eines Rechtsſchutzes überhaupt vorhanden, indem der Angriff auf das Recht einem dafür verantwortlichen Subjekt zugerechnet werden kann, welches dem Verletzten wenn nicht das individuelle Recht ſelbſt, ſo doch deſſen Bedeutung für das Vermögen, den Werth, erſetzen muß, ſo tritt die Verpflichtung zum W e r t h= oder S c h a d e n s e r ſ a t z e ein. Eine jener Vorausſetzungen, bei weitem nicht die einzige, und nicht ein Mal die hauptſächlichſte, iſt die M o r a, die ſelbſt dann jenen Rechtsſchutz gegen den Säumigen aufruft, wenn die Unmöglichmachung der indivi-

6) Mortuo bove, qui legatus est, neque corium, neque caro debetur fr. 49. pr. de leg. II.

7) Sed si animal legatum occiderit, puto teneri, non ut carnem praestet, vel caetera λείψανα, sed ut praestet pretium, quanti esset, si viveret. fr. 53. §. 5. de leg. I.

duellen Rechtserfüllung in einem Zufalle ihren Grund hatte, weil ſie ihm die Tragung des Zufalls auflegt. Im Syſtem dürfte daher unſere Frage eben ſo wenig in die Lehre von den Wirkungen des Verzugs (wie von Thibaut Syſt. I. §. 99. geſchieht) zu ordnen ſein, als ſie in die vom damnum iniuria datum gehören würde.

Iſt die Verpflichtung zum Wertherſatz eine Sicherung des Vermögensbeſtandes, und beſteht das Vermögen nur aus Rechten, ſo folgt, daß nicht die Bedeutung der Sache, ſondern des Rechts an der Sache für das Vermögen zu erſetzen iſt, das, um welches das Vermögen größer ſein würde, wenn die rechtsverletzende Handlung nicht eingetreten wäre, das Intereſſe, wie es die Neuern, id quod interest, wie es die Quellen nennen. Die Sache, inſofern uns nicht Rechte an ihr zuſtehen, hat für unſer Vermögen keine Bedeutung, hat keinen Werth. Was man den Werth der Sache nennt, iſt der Werth der geſammten an ihr denkbaren Rechte oder des Eigenthums, den daſſelbe, von beſonderen Verhältniſſen abgeſehen, für jedes Vermögen haben würde. Denn nicht für jedes Vermögen unter allen Umſtänden und zu allen Zeiten hat die Entziehung deſſelben Rechtes dieſelbe Bedeutung. Es laſſen ſich Umſtände denken, unter welchen die Rechtsverletzung für das betreffende ſpecielle Vermögen eine weit höhere Bedeutung hat, als das Eigenthum an dem fraglichen Rechtsobjekt für ein Vermögen überhaupt und abgeſehen von jenen concreten Verhältniſſen haben würde [8]. Solche beſondere Verhältniſſe als rein faktiſcher Natur bedürfen im einzelnen Falle eines beſonderen Beweiſes, ohne

---

8) In interdicto unde vi condemnatio facienda est, quanti intersit possidere et hoc iure nos uti Pomponius scribit, i. e. tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse, hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia, aut hereditatis adeundae, intersit ejus, eum possideri. fr. 6 de vi et de vi armata. Quae utilitas interdum minoris erit, quam res fr. 9. §. 8. ad exhib.

welchen ein Mehreres nicht erſetzt wird, als was das entzogene Recht jedem Vermögen werth geweſen wäre. Wir nennen jenes das ſpecielle Intereſſe oder auch Intereſſe ſchlechthin, dieſes den Werth oder das allgemeine Intereſſe. Da auch das Letztere nicht zu allen Zeiten daſſelbe iſt, z. B. das Eigenthumsrecht an demſelben Pferd verſchiedene Bedeutung für das Vermögen oder verſchiedenen Werth hat zur Zeit wo das Pferd 3 und zur Zeit wo es 6 Jahre alt iſt, zur Zeit wo es ungeſchult und zur Zeit wo es beritten iſt, ſo iſt die Frage: Welcher Zeitpunkt entſcheidet im einzelnen Falle? von höchſter Bedeutung und war von jeher ſehr beſtritten [9]. Wir wollen ſie an der Hand der betreffenden, ſämmtlich nur aus den Pandekten herrührenden, Geſetzſtellen zu beantworten ſuchen und ſtellen zwei, die von Quantitäten handeln, voran; nemlich F. 22. de Reb. cred. [10]), und

9) Im Weſentlichen beſtanden drei Hauptanſichten. Die Gloſſe und nach ihr insbeſondere Bartolus und ſeine Nachfolger bis Alciat laſſen ohne Unterſchied der Sachen und der Klagarten überall den höchſten Werth während der Mora zu, womit auch die Praktiker des 17. und 18. Jahrhunderts noch übereinſtimmen. Von Alciat an wird zwiſchen bon. fid. und str. iur. iud. unterſchieden, indem bei den letzteren entweder (Duanen, Faber) ohne Rückſicht auf etwaige Mora, oder doch, wo es an dieſem fehlt, der Zeitpunkt der Litisconteſtation, bei den erſteren, wenn nicht mora vorliegt, der Moment der Kondemnation entſcheiden ſoll. Donell unterſcheidet zwiſchen Quantitäten und Species; für jene läßt er den verabredeten Lieferungstag, eventuell den Tag der Litisconteſtation ohne Rückſicht auf mora entſcheiden, für dieſe nur, inſofern nicht Mora vorliegt, in welchem Fall er den höchſten Werth während dieſer annimmt, ohne Rückſicht auf die Klagart (Comm. de iure civ. XVI. 3; et ad fr. 59. de V. O.). Der Ausſpruch im Comm. de iure civ. XXVI. 5: „Et hoc spectatur in strictis iudiciis, in bonae fidei iudiciis rei iudicandae tempus, quanti res sit, observatur“ iſt wohl als Zuſatz von Scipio Gentilis zu betrachten. Denn dieſer letzte Theil der Kommentarien rührt nacht Sc. Gentilis eigener Angabe (in der Vorrede zum dritten Band) von Donell kaum mehr her, als von ihm, und die allegirte Stelle ſteht mit den übrigen Ausführungen von Donell geradezu im Widerſpruch.

10) Vinum quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est. Quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret: utrum cum datum

l. 4. D. de cond. trit. [11]). Ohne Zweifel hatte die Frage nach der Aeſtimation in der urſprünglichen Geſtalt der Stellen ihren Grund in der ſchon oben erwähnten ſteten Faſſung der Kondemnationsformel auf Geld. Bei dem ſchon zu Juſtinian's Zeit regelmäßig ſtattfindenden individuellen Rechtsſchutze hat die Aufnahme beider Stellen in die Sammlung etwas Auffallendes. Denn da Quantitäten nicht untergehen, ſcheint der Fall, wo man ſtatt der Quantitäten in Natur deren Werth in Anſpruch nehmen müßte, gar nicht eintreten zu können. Accurſius hat in der Gloſſe zur erſtgedachten Stelle verſchiedene Erklärungsverſuche aufbewahrt. Man wollte die Vorſchrift der c. ult. C. de fideicomm. libert., auf das Schuldobjekt in Natur, nicht ſeinen Werth zuerkennen, für eine Singularität im Intereſſe der Freilaſſungen halten, oder unterſtellte, wie auch noch Cujacius (opp. VI. 498) thut, daß der Schuldner wenigſtens den Wein nicht in Natur gehabt habe („in summa inopia et caritate vini"), oder man glaubte, die Werthermittelung ſei nur für nöthig gehalten, um danach die Güte des Weins, oder, womit Zaſius (ad fr. 22. de R. C. opp. I. 330 sqq.) übereinſtimmt, um bei etwa geſunkenem Preis das neben der Naturallieferung zu erſetzende Intereſſe zu beſtimmen, oder man nahm an, daß es ſich um eine richterliche Verfügung handle, welche der nicht zu erzwingenden Naturallie-

---

esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res iudicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si non, quanti tunc cum petitum fuisset. Interrogavi cuius loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset; si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

11) Fr. 4. de cond. trit. Gaius lib IX. ad ed. praet. Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, velut vinum, oleum, frumentum: tanti litem aestimandam, Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit, si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. Idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit: si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur. Quod et de caeteris rebus iuris est.

ferung nunmehr den Werthersatz substituire, oder endlich vermuthete man eine mit dem mündlichen Verfahren des altrömischen Prozesses in Verbindung stehende Singularität. Eine von Alciat (ad h. l. nr. 20. opp. I. 294.) wieder aufgenommene Ansicht war die, daß auf Quantitäten die Vorschriften des Justinianischen Rechts über Lieferung in Natur und darauf abzufassende Erkenntnisse keine Anwendung leiden. Der dafür angegebene Grund, daß bei Fungibilien der Gläubiger kein Interesse an der Naturallieferung habe, weil er mit dem statt deren empfangene Geld die entsprechende Quantität kaufen könne; sie scheint jedoch nicht ausreichend. Duaren (tit. si cert. petat. cap. VII. — opp. p. 890.) und namentlich dessen Schüler Donell (ad fr. 54. de V. O. nr. 10 sqq. und comm. de iure civ. XXVI. 5. §§. 6 sqq.) geben E. den Grund richtiger in nachstehender Ausführung an:

Wenn eine Species oder individuelle Sache versprochen ist, ist das Schuldobjekt an und für sich völlig bestimmt und zweifellos. Die Beifügung einer Bedingung, eines Zahlungstages u. s. w. ist nur Modifikation der Verbindlichkeit, ohne deren Gegenstand weiter zu berühren. Ebenso ist die Zahlung selbst nur Erfüllung und bestimmt nichts Weiteres mehr an der Obligation. Anders ist es bei einer generischen Schuld. Wer dreißig Ohm Wein zu liefern hat, kann auf eine bestimmte Sache nicht angegriffen werden; ein bestimmtes Schuldobjekt ist nicht vorhanden; der Schuldner hat vielmehr von allem existirenden Wein dreißig Ohm zu liefern, nicht diese oder jene bestimmten dreißig Ohm; denn für die dreißig Ohm fehlt es an einem sie von anderem Wein unterscheidenden specifischen Merkmale. Wenn nun der Schuldner zahlt, so hat er nicht nur seine Verbindlichkeit erfüllt, sondern, indem er aus allen existirenden Ohm Wein die dreißig gezahlten auswählte, das Schuldobjekt selbst erst näher bestimmt, indem er das allgemeine Objekt von dreißig Ohm nach seiner Wahl auf diese bestimmten dreißig reducirte. Wird dem Schuldner nicht die Wahl des Zahlungstages überlassen, sondern ist dieser vorausbestimmt oder hat

in deſſen Ermanglung der Gläubiger durch Klaganſtellung den Tag der Litiskonteſtation als den, an welchem Zahlung zu leiſten wäre, feſtſetzen laſſen, ſo erhält dadurch nicht, wie bei der Species, die Schuld allein eine nähere Modifikation, ſondern auch das Schuldobjekt. Es ſind nun nicht mehr dreißig Ohm von dem Wein aller Zeiten geſchuldet, ſondern dreißig Ohm ſolchen Weines, wie er zur Zeit des Zahlungstages, ſei es des verabredeten oder geſetzlichen, ſein wird. Es wird inſonderheit dadurch auch der Werth beſtimmt. Es ſollen dreißig Ohm Weines von dem Werth geſchuldet werden, wie er ihn zur Zeit des Zahlungstages hat. Umgekehrt beſtimmt nun auch der Werth die Sache oder iſt ein ſpecifiſches Merkmal derſelben. Für Species gibt er nur die Bedeutung an, welche die Sache für das geſammte Vermögen hat; für Quantitäten iſt er eine unterſcheidende Eigenſchaft, ein ſpecifiſches Merkmal. Wein per Ohm zu 80 Thlr. iſt ein anderes Objekt, als ſolcher zu 40 Thlr.; oder mit anderen Worten: Wenn ich eine einzelne beſtimmte Sache verſpreche, iſt die Beifügung eines Werthes für die Bezeichnung des Objekts unerheblich; wenn ich aber Wein verſpreche per Ohm à 80 Thlr., ſo dient der letztere Beiſatz dazu, eine engere Begrenzung des Schuldobjekts oder eine genauere Beſtimmung deſſelben zu vermitteln. Unter der unbegrenzten Menge von Schuldobjekten, die in dem Begriffe Wein möglich ſind, werden alle jene durch den Beiſatz ausgeſchloſſen, auf welche derſelbe nicht paßt. Wenn nun die Beſtimmung des Zahlungstages dazu dient, den Werth genau anzudeuten, ſo folgt, daß ſie eben, wie geſagt worden, nicht die Modalität der Obligation allein, ſondern auch inſonderheit deren Objekt näher beſtimmt und der Species näher bringt. Wer alſo dreißig Ohm Wein (man muß ſich natürlich auch dieſen ſchon von Anfang nach Sorte, Jahrgang u. ſ. w. genauer beſtimmt denken, weil außerdem die Obligation ein ſo unbeſtimmtes Objekt hätte, daß es im Grund ganz an demſelben fehlen würde) zu Martini 1840 ſchuldet, der ſchuldet Wein der bedungenen Sorte, zum Werth von Martini 1840, beiſpielsweiſe à 80 Thlr., und lieferte

er nicht zu rechter Zeit, so würde die Lieferung von dreißig Ohm Wein derselben Sorte und Güte Martini 1841, wo derselbe nur 60 oder wo er 100 galt, genau genommen nicht Lieferung desselben Objektes sein, da der Wein à 80 Thlr. etwas Anderes ist, als der zu 60 Thlr. oder 100 Thlr. Da nun der Schuldner weder berechtigt noch verpflichtet ist, etwas Anderes, als das Schuldobjekt, zu liefern, so folgt, daß er auf Martini 1841 nur Wein derselben Güte und Sorte und desselben Werthes liefern darf und soll. Solcher Wein und insofern das Schuldobjekt (obwohl es in genere geschuldet war), ist nun nicht mehr vorhanden, ist untergegangen; daher also die Frage nach der Zeit, wo die Werthschätzung eintreten muß, bei Quantitäten eben so nothwendig, wie bei Species, und es ist demgemäß bei erfolgter Preisveränderung immer nicht mehr auf die Sache selbst, sondern auf den Werth zu erkennen [12]).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich leicht, was in beiden obigen Stellen ausdrücklich ausgesprochen worden ist: Ist bei schuldigen Quantitäten ein Lieferungstag verabredet, so heißt das z. B. Wein im Werth, wie er ihn am Lieferungs-

---

12) Hiermit ist auch Faber einverstanden, z. B. Conj. XVI. 4. Etsi namque in eo differt merx a specie hac parte, quod cum species debetur, licet eius aestimatio minor sit tempore sententiae ferendae, quam antea fuerit, species tamen ipsa in condemnationem deducenda est, non ejus aestimatio; cum autem merx debetur, condemnandus est debitor ad aestimationem non ad mercem, quia merx in quantitate et genere consistit ideoque mutata aestimatione alia res esse creditur, quam quae debebatur, quod in specie debita diversum est. — Ferner Conj. XVI. 6. Nam si merx debeatur, fatuus sane iudex fuerit, si post diem condemnet debitorem ad solutionem mercis simpliciter nulla aestimationis mentione facta, quam et referre debet ad tempus, in quod concepta fuit obligatio; scilicet cum alia est aestimatio tunc cum iudicatur, quam fuerit, cum dari debuit. Merx enim cum in genere et quantitate consistat, aestimatio ex pretio potius, quam pretium ex merce, mutatoque pretio sive pluris sive minoris esse coeperit, alia res esse videtur. cf. conj. XVI. 10. verbis: Nam et inde est, quod post diem solutioni dictam etc. error. pragm. XVI. 7. et. 8.

tage hat, alſo auch im Fall er in Natur nicht geliefert wird, den Werth am Lieferungstage verabredet. Denn das ihm entſprechende Geld mußte der Stipulant aufwenden, um zu rechter Zeit das verſprochene Objekt zu haben, welches er bei eingehaltenem Vertrag ohne jene Aufwendung gehabt hätte. Dieſe alſo iſt zu erſetzen. Bei nicht verabredetem Lieferungstage kann zunächſt der Schuldner nach eigener Wahl in Natur liefern, in welchem Falle unſere Frage nicht zur Anwendung kommt. Liefert er nicht und wird er nun vom Gläubiger gerichtlich belangt, ſo muß er liefern, inſoferne er dazu verurtheilt wird, und zwar, weil das Urtheil als ſchon am Tage der Litiskonteſtation vorhanden angeſehen wird [13]), an dieſem Tag, der folglich ganz an die Stelle des verabredeten Zahlungstages tritt, wonach ſich die Regel bildet: Bei Quantitäten iſt der Werth vom Lieferungstage, eventuell der Litiskonteſtation zu erſetzen. Jener Tag iſt in beiden Stellen ſehr deutlich bezeichnet, der der Litiskonteſtation in der zweiten Stelle durch das „Cum iudicium acciperetur“ auch unzweideutig angegeben. Das quanti tunc cum petitum fuisset in fr. 22. de R. C. ließ ſich möglicher Weiſe auch von außergerichtlicher Mahnung verſtehen und iſt von Manchen ſo verſtanden worden (z. B. von Zaſius ad h. l. I. 330); daß ſeine Deutung auf die Litiskonteſtation richtiger ſei, ergibt nicht nur die Parallele mit der zweiten Stelle, die im ganzen Ideengange bis auf die Citate der Autoritäten durchgeführt iſt, ſondern inſonderheit auch der Umſtand, daß vorher nur von der petitio per iudicem die Rede und die Frage gerade auf die Litiskonteſtation geſtellt, der außergerichtlichen Mahnung aber dabei gar nicht erwähnt iſt. Zudem wird petere ſchlechthin nach dem geſetzlichen Sprachgebrauch gerade von dem Einklagen verſtanden, z. B. in der Stipulationsformel bei der vom Korrealgläubiger für die Nichtforderung ſeines Socius geſtellten Kaution: rem ratum dominum haberi aut amplius eam non peti. Von

13) Savigny Syſt. VI. 3 ff. 51.

dem amplius non peti wird in fr. 15. rem ratam haberi bemerkt: Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat: Si iudicio petitum esset [14]).

Es leuchtet leicht ein, daß die Verpflichtung eine unbestimmte Quantität zu liefern sich im Grund mehr auf ein facere, als ein dare zurückführen läßt; sie enthält von vorneherein die Richtung, den Berechtigten in den Stand zu setzen, die versprochenen Quantitäten zu haben, deren Eigenthum sich nicht, wie bei einer Species, nur von Einem, sondern von Jedem, der überhaupt etwas von der Gattung hat, möglicherweise erwerben läßt. So angesehen läßt sich die obige Regel auch als Anwendung des für obligationes in faciendo geltenden Grundsatzes betrachten. Für diese entscheidet fr. 11. de re iudicata [15]) Cels (lib. v. digest.)

Der Zeitpunkt, wo spätestens geleistet werden muß, ist mit anderen Worten der, bis zu welchem der Schuldner ohne nachtheilige Folgen die Sache, foglich auch deren Werth zurückhalten darf, während von da an Sache oder Werth in das Vermögen des berechtigten übergehen muß, und dieser Zeitpunkt ist gerade der der verabredeten Zahlung oder in deren Ermangelung der der Litiscontestation.

Damit im Widerspruch scheinen mehrere zusammengehörige Stellen zu stehen: z. B. Fr. 54. de verb. oblig. [16])

---

14) Gloss. ad 1. vin. de R. C. Alciat. ad cand. l. nr. 6. (I. 292.) Duaren. p. 890. Cuiac. ad h. l. (VI. 498. VII. 717) Osius Aurelius disp. c. 22. Donell ad fr. 59. de V. O. nr. 3. Merill. comm. ad h. l. Barcley ib. Ant. Faber de error. pragm. XVI. 3. Savigny, Syst. VI. 20. Note 11.

15) Si calendis fieri aliquid stipulatus sum, nepe quandocunque post calendas accepto iudicio, tanti aestimanda lis est, quanti interfuit mea calendis id fieri: ex eo enim tempore quidquid aestimatur, quo novissime solvi potuit.

16) Quoties in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest. Alioquin (alias) rei captio erit.

und Fr. 16. im nämlichen Titel [17]. Ulpian. lib. XV. ad edict.

Der verabredete Zahlungstag iſt der, wo der Schuldner ſpäteſtens zahlen mußte, der Tag des Eintritts der Bedingung dagegen der, wo er früheſtens zahlen konnte, da vorher noch gar keine Forderung beſtand. Dennoch werden in Fr. 59. beide ſich gleich geſtellt und in Fr. 60. ſcheint daſſelbe von der ſtillſchweigenden Bedingung geſagt. Wenn aber der Eintritt der Bedingung entſcheiden ſoll, heißt das nichts Anderes, als der Moment der Entſtehung der Obligation, ein Moment, welcher weder mit dem verabredeten Zahlungstag, noch dem der Litiskonteſtation zuſammen fällt, ſo daß ein Widerſpruch mit Fr. 22. de R. C. eintritt, der um ſo empfindlicher iſt, als auch dieſe Stelle Julian zum Verfaſſer hat. Ja mit ſich ſelbſt würde die Stelle im Widerſpruch ſtehen, da, wenn der Moment der Entſtehung der Obligation entſcheidet, nicht auch der Zahlungstag entſcheiden kann, während des dies eben ſo, wie der conditio gedacht iſt. Der ſcheinbare Widerſpruch verſchwindet aber bei folgender Betrachtung gänzlich.

Dies und conditio haben inſofern nämlich allerdings gleiche Bedeutung, als der Gläubiger vor beider Eintritt nicht klagen (petere) darf; hierauf deutet das „cum peti potest.“ Die Stelle 5. hat dann den Sinn: Eine Forderung mag bedingt oder betagt ſein, ſo darf die Schätzung nach keinem Momente geſchehen, der vor den Eintritt der Bedingunng oder Betagung fällt, weil dem Schuldner bis dahin die Sache nicht abverlangt werden kann, er alſo benachtheiligt wäre (captio rei erit), wenn ihm der Werth abgefordert würde einer Sache, die er zu behalten befugt war. Dem ausdrücklich verabredeten Zahlungstage ſteht der ſtillſchweigend verabredete gleich, für welchen bei dem Verſprechen einer Lie-

---

17) Idem erit et si Capuae certum olei pondo dari quis stipulatus sit: nam ejus temporis fit aestimatio, cum peti potest: peti autem potest, quo primum in locum perveniri potuit.

ferung an einen entfernten Ort (Capua) derjenige Tag gilt, an welchem man zuerst an diesen gelangen konnte (Stelle 6)[18].

Wie schon oben angedeutet wurde, lassen sich Umstände denken, unter denen das Interesse des Verletzten die Bedeutung, welche das entzogene Recht für jedes Vermögen hat, weit übersteigt und wo darum auch, den Erweis der Voraussetzung unterstellt, ein höherer Werthersatz eintreten muß. Freilich werden solche Fälle bei Quantitäten seltener eintreten; denn da hier ein Recht auf eine bestimmte Quantität nicht stattfindet, der Berechtigte sich vielmehr mit jeder entsprechenden Species aus der gesammten Gattung befriedigen lassen muß, so wird seine Benachtheiligung nicht daraus herzuleiten sein, daß er die versprochene Quantität nicht hatte, sondern daß er überhaupt keine hatte, wie er sie doch durch Aufwendung des Preises am Zahlungstage, wenn auch anders woher würde gehabt haben. In diesem Sinne verstehe ich das 21. §. 3. de action. emti et vend. [19]) Paul. lib. 33. ad edict. Der Jurist stellt die Regel auf, daß der

18) cf. Donell. ad fr. 54. 60. de V. O. nr. 9. (wo eine ältere Erklärung aus dem Comm. über die mora zurückgenommen wird). Cujacius zu dieser Stelle (I. 1286) hatte in der That den Moment des Eintritts der Bedingung, also der Entstehung der Forderung entscheiden lassen: Similiter conditione adiecta sumetur ejus temporis aestimatio, quo conditio exstiterit. Anton Faber (conj. XVI. 8. de error. pragm. XVI. 5. will dagegen das „vel sub conditione“ als Glossem streichen. —

19) Cum per venditorem steterit, quo minus vem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit. Neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit tradicium, familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum necatorum, consequitur non enim maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit. Merito, quia si datum esset, haberet emtor, quoniam vero non dedit, saltem hodie dandum est, quod olim dari oportuit. Siehe darüber cf. Donell comm. ad tit. D. de verb. oblig. fr. 68. nr. 14. 15. Vangerow, Leitfaden III. S. 44. Abweichende Auslegungen s. unten.

Verkäufer im Falle verſchuldeter Nichtlieferung das geſammte Intereſſe zu erſetzen habe. Gleichwohl werde daſſelbe regelmäßig nur in dem Werth der nicht gelieferten Quantitäten beſtehen, und werde namentlich nicht der Gewinn zu erſetzen ſein, welchen der Käufer durch Handel mit jenen Quantitäten hätte machen können, oder der Schaden, der ihn traf, weil ihm Sklaven Hungers ſtarben, die mit dem verſprochenen Getreide würden zu ernähren geweſen ſein. Denn ſowohl jener Handel, als dieſes Ernähren war nicht gerade auf den zu liefernden Waizen beſchränkt, da jede andere Quantität dieſelben Dienſte gethan haben würde, die gedachten Folgen alſo aus dem Nichthaben von Getreide überhaupt, nicht des fraglichen insbeſondere entſprangen. Den Preis vom Tage der zugeſagten Lieferung würde der Verkäufer dagegen zu erſetzen haben, ohne daß ſein Verzug ihn zu mehr verpflichtete, geſetzt auch, die Obligation würde geſtiegen ſein, wenn ſpäter der Wein theuerer geworden wäre. Jenen Werth würde der Verkäufer erſetzen müſſen, weil er in das Vermögen des Käufers übergegangen wäre, wenn die Lieferung rechtzeitig erfolgte, und weil der Verkäufer alſo jetzt wenigſtens das noch gewähren müſſe, was er vorlängſt hätte gewähren ſollen.

Für Quantitäten ſtände hiernach die Regel feſt, daß Erſatz des Werthes von dem Zeitpunkte gezahlt werde, an welchem die Sache ſelbſt und damit der in ihr ſteckende Werth in das Vermögen des Berechtigten übergegangen wäre, alſo daß der Tag der ausdrücklich verabredeten oder ſonſt anzunehmenden Lieferungszeit, reſp. in deſſen Ermanglung der Tag der Litiskonteſtation für die Schätzung entſcheide.

Quod et de caeteris rebus iuris est, ſagt Gajus in der oben (nr. 3.) allegirten Geſetzſtelle, und ſcheint damit den gleichen Grundſatz auch von individuellen Rechtsobjekten gelten laſſen zu wollen [20]. — Die verſchiedene Natur der

20) Cujacius in den 1588 gehaltenen Vorleſungen über Julian zum fr. 22. de R. C. (VI. 499.) nimmt dies ſo an: Quod autem in

Sachen, und namentlich der Umſtand, daß bei Species das nach dem zunächſt Vorausgegangenen für Quantitäten ſelten in Betracht kommende beſondere Intereſſe regelmäßig vorkommt, bilden jedoch bedeutende Modifikationen jenes Prinzips. Nicht, wie bei Quantitäten, entſtehen aus der Nichtlieferung u. ſ. w. von Species Benachtheiligungen des Berechtigten allein daraus, daß man das Recht an Species der Art überhaupt nicht hat, ſondern daraus, daß man gerade dieſe Species nicht hat. Man nehme an, A ſchuldet mir den Sklaven Stichus, den er verabredeter Maßen am 1. Januar in mein Eigenthum zu übertragen verbunden iſt. Derſelbe iſt an dem gedachten Lieferungstag 100 werth; am 1. Februar fällt ihm eine Erbſchaft von 100 zu; für den Eigenthümer hat er mithin an dieſem Tag 100 mehr Werth, weil die Erbſchaft dem Eigenthümer erworben wird. Bin ich nun gegen die Verabredung nicht am 1. Januar, ſondern am 1. März erſt durch Tradition Eigenthümer geworden, ſo habe ich jene 100 nicht erhalten und zwar nicht, weil ich am 1. Januar überhaupt keinen Sklaven, ſondern weil ich nicht dieſen Stichus tradirt erhielt. Oder A muß mir aus Kauf ein dreijähriges beſtimmtes Pferd den 1. Januar 1840 tradiren und unterläßt es vertragswidrig. Daſſelbe Pferd vier und fünf Jahre alt hat einen Mehrwerth von 100, der bei zeitiger Tradition in mein Eigenthum übergegangen wäre, und der nicht übergegangen iſt, nicht weil ich überhaupt kein Pferd erwarb, ſondern weil ich eben dieſes nicht erworben habe, was gerade dem A zur Laſt fällt. Er ſchuldete mir das Pferd auch in dem Moment, wo es den höchſten Werth hatte, und dieſer höhere Werth, welcher ſonach bei richtiger Lieferung (d. h. Lieferung in dem Moment der Schuld) in meinem Vermögen

---

h. l. scriptum est de vino, id l. ult de condict. trit. producit etiam ad oleum et frumentum et ea omnia, quae in merce sunt, veluti etc. imo et ad ceteras res, quae in merce non sunt. cf. Osii Aurelii dispunct. ad Merill. disp. 22. Faber de error. pragm. XVI. 7.

gewesen wäre, gehört nicht zu meinem Interesse, auf dessen Ersatz ich Anspruch habe. Mit anderen Worten: Bei jeder Schuld (auch einer Quantität) ist das Interesse zu ersetzen, welches in einem höheren Werth liegt, welchen die Sache zwischen ihrer Lieferungszeit und ihrem Aufhören hat. Bei Quantitäten aber, für welche der Werth eine wesentliche Eigenschaft ist, fällt der Moment der Lieferungszeit und des Untergangs, d. h. der Preisveränderung, zusammen, so daß von einer Berücksichtigung der letzteren nicht die Rede sein kann, während bei der Species zunächst der Werth der Sache zur Lieferungszeit zu ersetzen ist, dann aber noch unter dem Gesichtspunkte eines besondern Interesses der Mehrwerth, welchen die Sache nachher und bis zu ihrem Aufhören erhielt. Ganz dasselbe besondere Interesse ist zu vergüten, wenn die Sache zwar später noch in Natur geliefert wird, aber deteriorirt, d. h. theilweise wenigstens ihrem Werthe nach untergegangen. Auch hier ist die Verschlechterung, wie Faber Conj. XVI. 6. sich ausdrückt, nicht iure aestimationis, sed iure eius quod interest, zu ersetzen. Die aestimatio ist von dem Interesse zwar nicht verschieden, sondern ein Theil desselben, aber von dem, was wir besonderes Interesse nennen, doch durch die oben gezeigte Verschiedenheit der faktischen Voraussetzungen zu unterscheiden. Die generische Gleichheit beider Leistungen macht es möglich, für die betreffende Verpflichtung einen gemeinsamen Ausdruck zu finden, indem man nicht den Werth der Sache zur Lieferungszeit und daneben das speziell nachzuweisende weitere Interesse, namentlich den Mehrwerth der Sache bis zum Untergang (oder sonstigen Aufhören der Obligation durch Zahlung u. s. w.) ersetzen läßt, sondern die Regel gleich dahin zusammenfaßt: Es ist der höchste Werth der Sache zu zahlen, welchen sie hatte vom Moment der Lieferungszeit bis zu dem der Erlöschung der Verbindlichkeit, resp. durch Untergang der Sache. Unter der Lieferungszeit ist der Moment zu verstehen, quo novissime solvi potuit, d. h. wo spätestens bezahlt werden könnte, ohne sich weiteren Nach-

theilen auszusetzen, also auch der Tag der außergerichtlichen Mahnung, insofern er den Schuldner in Mora versetzt, ihm also den Nachtheil der Tragung der Gefahr oder des Einstehens für Deteriotation oder Untergang der Sache zufügt. Bei Quantitäten kommt eine solche Gefahr, also auch diese Wirkung der Mora, nicht vor und daher entscheidet bei ihnen immer schlechthin der Tag der Litiskontestation, nicht der Mora, während bei der Species der höchste Werth zwischen dem verabredeten Zahlungstage, resp. in dessen Ermanglung dem Tage der Litiskontestation, oder der Mora und dem Untergang der Sache resp. sonstigen Erlöschung der Verbindlichkeit zu zahlen ist. Hiernach liegt allerdings ein aus der Natur der Sache hervorgehender Unterschied zwischen dem Werthersatz der Quantitäten und Species vor, und in den allegirten: Quod et do caeteris rebus iuris est muß man sich somit caeterae res similes, d. h. andere Quantitäten als die vorher angeführten denken [21]).

21) So thut es Cujacius in dem 1569 erschienenen Traktat III. zu African ad fr. 207. de V. S. (I. 1324): Et quod ait l. ult. idem iuris esse de ceteris rebus, de ceteris rebus mobilibus intelligi posset, quae sunt in merce praeter vinum, oleum, frumentum, quae proposuerat. — Donell ad fr. 59, 60. de V. O. nr. 11. A. Faber (de err. XVI. 7.) hebt dagegen besonders hervor, wie - nichtssagend in diesem Sinn die gedachten Schlußworte seien. Dies von der bei Gajus überhaupt nicht vorzugsweise eigenthümlichen Präcision des Ausdrucks hergenommene Argument kann den im Text vorgetragenen sachlichen Argumenten gegenüber wenig verfangen.

(Schluß im nächsten Heft.)
